



**Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**

CHRISTIAN THOMAS ONCKEN

**DA INCONSTITUCIONALIDADE DO FATOR PREVIDENCIÁRIO E
SUAS IMPLICAÇÕES VOLTADAS AO DIREITO ADQUIRIDO**

**Brasília
2014**

CHRISTIAN THOMAS ONCKEN

**DA INCONSTITUCIONALIDADE DO FATOR PREVIDENCIÁRIO E
SUAS IMPLICAÇÕES VOLTADAS AO DIREITO ADQUIRIDO**

Projeto de trabalho acadêmico
apresentado ao Centro Universitário de
Brasília (UniCEUB/ICPD) como uma das
atividades programadas pelo módulo
Metodologia Científica do curso Direito
Trabalhista e Previdenciário.

Orientador: Prof. Dr. André Pires Gontijo

**Brasília
2014**

CHRISTIAN THOMAS ONCKEN

**DA INCONSTITUCIONALIDADE DO FATOR PREVIDENCIÁRIO E
SUAS IMPLICAÇÕES VOLTADAS AO DIREITO ADQUIRIDO.**

Monografia apresentada como
requisito parcial para conclusão do
curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. André Pires
Gontijo

BRASÍLIA, 16 de outubro de 2012.

Banca Examinadora

Prof. Dr. André Pires Gontijo

Dedico essa monografia a todos os aposentados e trabalhadores que lutam arduamente em face de seu direito de aposentadoria, e que batalham para que seus direitos sejam cumpridos com integralidade e legitimidade constitucional.

Agradecimento

Agradeço a todos aqueles que compartilham do exercício de sua profissão e esperam a recompensa ao final de suas carreiras, esta monografia veio como inspiração nesses movimentos os quais me apoiaram de forma ativa a escrever sobre a temática, sem dúvida das mais polêmicas, sem temer nadar contra a correnteza em busca dos detalhes que tornaram possível toda a argumentação crítica.

Agradeço minha família pelo apoio e por acreditar em todo meu esforço e dedicação, dedico aos meus pais, Gastão Adolfo Oncken e Gislene Aparecida Oncken por todo apoio necessário para que eu sonhasse grande e pudesse chegar aonde cheguei, agradeço a todos os colegas do curso por cada minuto de suor e inspiração para superar os desafios em conjunto, agradeço meus irmãos Allan Christoph Oncken e Karen Christine Oncken, pois são pessoas a frente de seu tempo e que me ajudaram a não me tornar obsoleto.

Agradeço as pessoas próximas às quais pude confiar com seu auxílio e apoio em todos os momentos sem sequer pedirem nada em troca, lhes ofereço meu intelecto neste trabalho.

Agradeço ao professor Msc. André Pires Gontijo, pois sem sua grande perspicácia e auxílio nunca teria alcançado tamanho esplendor argumentativo, não poderia honrar um tema de tamanha importância sem um grande e sábio orientador.

Agradeço por fim a todos os professores os quais me deram base para tamanho desafio, o qual decidi assumir que não se pode pensar pequeno e sim buscar grandes desafios e foi o que fiz e sempre irei fazer, principalmente em busca da justiça e dos valores morais e éticos, sem me rebaixar a covardia dos iníquos e sem resguardar a conceitos pré modulados sempre buscando inovar como me foi ensinado neste glorioso curso.

*“Como poucos, eu conheci as lutas e as tempestades.
Como poucos, eu amei a palavra liberdade e por ela
briguei.”
(Oswald de Andrade)*

RESUMO

Trabalho Monográfico de Pesquisa na área do direito constitucional e previdenciário, com o foco na inconstitucionalidade do fator previdenciário instituído pela Lei 9876/1999, questionando sua metodologia e como visto na doutrina e jurisprudência sua incompatibilidade com os preceitos previdenciários e constitucionais tornando-a inconstitucional por falta de observação a critérios estipulados constitucionalmente, com base nas decisões analisadas encontrar as minúcias jurídicas resultantes para verificar questões não abordadas ou obscuras, seus impactos na sociedade. Abordando questões de hermenêutica e lesões a direitos fundamentais por atos regulatórios, baseando em obra do Ministro Gilmar Mendes para tratar da temática. Verificar aspectos jurisprudenciais que tenham dado deferimento em prol da inconstitucionalidade do fator previdenciário. Aprofundando questões de incompatibilidade entre normas infraconstitucionais e constitucionais, além da análise reflexiva e analítica sobre os princípios constitucionais e previdenciários envolvidos, fazendo por fim uma avaliação sistemática dos efeitos resultantes da declaração de inconstitucionalidade, e sua solução constitucional a fim de manter o harmônico equilíbrio financeiro atuarial.

Palavras-chave: Direito constitucional e previdenciário. Direitos e princípios fundamentais em matéria previdenciária. Fator previdenciário. Inconstitucionalidade. Direitos fundamentais. Constituição Federal. Direito previdenciário. Princípios previdenciários. Princípios constitucionais.

ABSTRACT

This Research Paper on constitutional law and social security area, with focus on the constitutionality of the security factor established by Law 9876/1999, questioning its methodology and as seen in doctrine and case law is incompatible with the welfare and constitutional provisions making it unconstitutional by failure to observe the constitutionally stipulated criteria, based on the decisions analyzed to find the legal minutiae resulting to verify not addressed or unclear, its impacts on society issues. Addressing issues of hermeneutics and injury to fundamental rights by regulatory acts, based on the work of the Minister Gilmar Mendes to discuss the issue. Check jurisprudential aspects that have given approval in favor of the constitutionality of the security factor. Deepening incompatibility issues between infra and constitutional requirements, in addition to reflective and analytical analysis of the constitutional principles and social security involved, eventually making a systematic assessment of the effects of the declaration of unconstitutionality, and its constitutional solution in order to maintain the harmonic actuarial financial balance .

Keywords: Constitutional and social security law. Fundamental rights and principles for social security. Social security factor. Unconstitutionality. Fundamental rights. Federal constitution. Social security law. Social security principles. Constitutional principles.

SUMÁRIO

RESUMO.....	6
ABSTRACT.....	7
SUMÁRIO	8
INTRODUÇÃO	9
1 ANÁLISE DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS RELATIVOS A APOSENTADORIA.....	11
1.1 Análise dos princípios regentes da seguridade social.....	13
1.2 Da previsão legal infraconstitucional e constitucional do fator previdenciário.....	19
1.3 Análise hermenêutica relativa ao atinente a aos artigos referentes à irreduzibilidade da aposentadoria	22
2 ANÁLISE CONCEITUAL DO DIREITO ADQUIRIDO	25
2.1 Análise do direito adquirido e o fator previdenciário.....	26
3 DA ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DO FATOR PREVIDENCIÁRIO	30
3.1 Análise do RE nº 681.049 em prol da constitucionalidade do Fator Previdenciário	40
3.2 Análise da ADI - nº 2.111-7 constante da inconstitucionalidade do Fator Previdenciário	45
3.3 Da possível mudança de posicionamento político sobre o Fator Previdenciário	52
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS.....	56

INTRODUÇÃO

Essa pesquisa tem por base destrinchar os aspectos mais contundentes em face do fator previdenciário e um estudo aprofundado sobre a sua natureza constitucional, se faz os seguintes questionamentos: seria o fator previdenciário inconstitucional? Este instituto viola o direito adquirido? Se viola qual seria a solução e qual seria sua afetação no contexto sócio jurídico? Este tema levanta inúmeras divergências e projetos de lei, faz-se análise do conteúdo do artigo 7º, inciso XXIV, além do artigo 201 parágrafos 1º e 7º todos da Constituição Federal de 1988, ainda assim verificando sobre os princípios regentes da previdência social atinentes ao tema.

Verificam-se também pontos controvertidos no campo da hermenêutica que trazem conceituações que em conjunto com o ensinado pelo Ministro Gilmar Mendes no que tange lesão a direitos fundamentais por meio de ato regulatório, vem expressar grande auxílio para questões de hermenêutica gramatical presente no caso.

Ainda assim no próprio julgamento em que se deu procedência a constitucionalidade do fator previdenciário, verifica-se a falta de pontos não abordados que poderiam ensejar em uma nova visão sobre o caso.

Assim, no Capítulo 1, pretende-se analisar questões relativas a natureza da norma constitucional pertinente afim de demonstrar suas possibilidades regulatórias, além do estudo dos princípios previdenciários aliados a legislação constitucional.

Faz-se no Capítulo 2, buscar verificação sobre os aspectos mais profundos do fator previdenciários, suas questões jurisprudenciais e hermenêuticas em contraste com os aparentes conflitos normativos atinentes,

Por fim, o Capítulo 3 analisará questões mais profundas em relação ao exposto criando ambiente critico para as teses, legislações relacionadas ao assunto e promovendo a discussão de fato sobre a constitucionalidade e o interesse social, por meio de julgados em várias instancias, fazendo um amplo estudo jurisprudencial derivado de votos e decisões em sua integralidade.

Faz-se convite à crítica sobre a metodologia e em como isso pode alcançar um nível de importância normativa que a torne descabida.

1 ANÁLISE DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS RELATIVOS A APOSENTADORIA.

Analisando a Constituição Federal de 1988, verificamos um volume bastante extenso de artigos referentes à aposentadoria como direito e sua estipulação, verifica-se como primeira avaliação o artigo 7º da CF/88 relativo ao capítulo dos direitos sociais: “ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXIV - aposentadoria; ”¹

Sendo assim verifica-se que a aposentadoria se trata de um direito social em nossa Carta Magna, por conseguinte tem grande importância relativa à proteção, esta proteção se dá pela regulação dos limites de atuação legislativa referente a este instituto.

Como parâmetro de controle relativo à legislação decorrente dos proventos da aposentadoria, observamos o parágrafo 1º do artigo 201 da CF/88:

“ § 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar. ”²

Observa bem este parágrafo que a constituição protege a aposentadoria de qualquer tipo de diferenciação para sua concessão, fazendo

¹ Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: de 5 de outubro de 1988. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03//constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

² Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: de 5 de outubro de 1988. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03//constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

ressalva das condições específicas nas quais legitima um acesso facilitado em decorrência de profissões que tenham afetação a saúde e a integridade física, além dos portadores de deficiência os quais de fato tem proteção extensa na CF/88.

Para fins de regulamentação do regime geral da seguridade social, faz-se a leitura do parágrafo 7º do artigo 201 da CF/88 no que tange o seguinte rol taxativo:

``§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal. ``.³

Fica evidente assim, que a constituição praticamente especificou a base para concessão da aposentadoria, deixando para as leis infraconstitucionais o dever de facilitar o acesso nos casos específicos, legislando de forma coerente com esse regimento, sendo taxativamente vedada no parágrafo 1º do artigo 201 da CF/88 adoção de qualquer outro critério não estabelecido.

No parágrafo 8º do referido artigo ainda tem-se a redução em cinco anos para cargos de magistério como dita o seguinte:

``§ 8º Os requisitos a que se refere o inciso I do parágrafo anterior serão reduzidos em cinco anos, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das

³. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: de 5 de outubro de 1988. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03//constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.⁴

Com isso ficam claramente especificados os aspectos constitucionais atinentes ao direito à aposentadoria este derivado da seguridade social, sendo claras e expressas as condições normativas para sua proteção.

1.1 Análise dos princípios regentes da seguridade social

De suma importância se faz a análise consistente dos princípios básicos regentes da seguridade social, uma vez que todo o arcabouço jurídico normativo deriva na própria constituição destes.

Como parâmetro inicial, verificamos a obra de Uendel Rodrigues, Procurador da república e Ex- Procurador do INSS, no qual traça o conteúdo normativo e as limitações ao legislador ordinário, trata ele sobre os princípios constitucionais da seguridade social, faz-se observação ao erro de grafia dos artigos referidos aos princípios para fins didáticos refere-se ao artigo 194 da CF/88 e não ao artigo 195 da Constituição Federal de 1988, como exposto nas seguintes citações:

“4.1 Da universalidade da cobertura e do atendimento

- Art. 195, I , da CF

A universalidade da cobertura compreende a proteção às necessidades sociais, ou seja, às necessidades vitais do indivíduo. A universalidade da cobertura, como princípio da seguridade social, impõe o dever ao legislador ordinário de assegurar o mínimo para sobrevivência do indivíduo, quando, em decorrência de uma contingência da vida (doença, acidente, invalidez etc.), ele se encontrar impossibilitado de prover a sua subsistência ou a de seus dependentes.

A universalidade do atendimento refere-se aos sujeitos protegidos e prescreve a proteção social a todos os

⁴ . Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: de 5 de outubro de 1988. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03//constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

indivíduos, ou melhor, como nos ensina o professor Wagner Balera⁽⁵¹⁾, “todas as pessoas, indistintamente, são credoras da proteção social”.

E continua o professor⁽⁵²⁾: “Consiste, pois, a universalidade do atendimento e da cobertura na específica dimensão do princípio da isonomia (garantia estatuída no artigo 5º da Lei Maior), na Ordem Social. É igual a proteção para todos”.⁵

O autor verifica em seu estudo neste princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, que todos devem ter direito a tal cobertura, uma vez observados os motivos elencados o são razoáveis para sua justificação, não estando qualquer um livre de incorrer em qualquer das modalidades, ainda faz sua correlação direta ao princípio da isonomia, fortalecendo o argumento de que todos devem ser contemplados nas hipóteses elencadas para tanto, sendo credor dessa proteção.

Prossegue o supracitado autor tratando sobre a uniformidade dos benefícios às populações urbanas e rurais:

“4.2. Da uniformidade dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais – Art. 195, II, da CF

A uniformidade e a equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais também podem ser consideradas como uma decorrência do princípio da igualdade consagrado no art. 5º, caput, da Constituição Federal.

Assim, a uniformidade das prestações implica a concessão dos mesmos benefícios e serviços a todas as pessoas, sejam trabalhadores urbanos ou rurais. A equivalência das prestações, por outro lado, obriga à concessão de benefícios de igual valor econômico e de serviços de mesma qualidade.

Na verdade, diante da previsão do princípio da isonomia que consta do art. 5º, caput, da Constituição Federal, não seria necessária a previsão expressa da uniformidade e equivalência de benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, pois, mediante uma interpretação sistemática do texto constitucional, alcançaríamos os mesmos resultados.

⁵ UGATTI, Uendel Domingues. **O Princípio Constitucional da Contrapartida na Seguridade Social**. São Paulo: LTr, 2003. p. 39.

Todavia, tendo em vista a profunda dívida social com a população rural ⁽⁵³⁾, comparativamente ao trabalhador urbano, o legislador constituinte de forma expressa ressaltou a isonomia entre as populações urbana e rural no inciso II do art. 195 da nossa Carta Magna.”⁶

Verifica-se desse trecho que além da universalidade no que tange a todos os cidadãos, a constituição ainda faz a equivalência deste sistema entre os trabalhadores rurais aos urbanos, em detrimento da dívida existente com essa parcela da população, ainda trata da equivalência das prestações, o que de toda forma traz para serviços de mesma qualidade, um mesmo benefício de igual valor econômico, sendo assim, será feita a distinção de forma equivalente e independente dessa atividade ocorrer em área rural ou urbana.

O supracitado autor prossegue elencando o princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços:

“4.3. Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços – Art. 195, III, da CF

A seletividade compreende o atendimento distintivo e prioritário dos mais carentes, devendo o legislador ordinário dispensar tratamento desigual aos desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

As necessidades são infinitas, porém os meios para supri-las não gozam da mesma prerrogativa, ou seja, a seletividade (tendo em vista que os princípios constitucionais não podem ser interpretados de forma absoluta, pois encontram limites no próprio texto constitucional, por força da unidade da Constituição⁽⁵⁴⁾) atua como princípio mitigador da universalidade da cobertura, possibilitando esta apenas a algumas contingências da vida pelo legislador ordinário, haja vista a impossibilidade material de se dispensar a mais completa proteção social a tudo e a todos.

A distributividade reside no objetivo de distribuição de renda em busca da efetiva justiça social, ou seja, o legislador constituinte determinou ao legislador ordinário que na instituição de benefícios e serviços priorize as camadas

⁶ UGATTI, Uendel Domingues. **O Princípio Constitucional da Contrapartida na Seguridade Social**. São Paulo: LTr, 2003. p. 40.

populacionais que se encontrem em maior grau de necessidade social no universo dos necessitados.”⁷

Este parâmetro levantado derivado desse princípio é decorrente do artigo 201, parágrafo 1º da CF/88 quando trata da possibilidade em determinados casos prover um acesso diferenciado ao benefício, desde que atingidos quaisquer de suas hipóteses lá elencadas.

O autor prossegue tratando do princípio que tem suma importância e correlação a temática do fator previdenciário:

“ 4.4 Irredutibilidade do valor dos benefícios – Art. 195, IV da CF

As prestações, por sua natureza alimentar, constituem dívidas de valor. Não podem sofrer desvalorização, ou melhor, necessitam manter seu valor de compra, acompanhando a perda do poder aquisitivo causada pela inflação.

A finalidade fundamental das prestações de seguridade social é garantir o mínimo vital aos indivíduos. Assim, não seria admissível que com passar do tempo as prestações, ainda que gradativamente, perdessem o seu poder de compra, uma vez que não mais garantiriam o mínimo vital, mas sim um submínimo vital, em flagrante desrespeito a sua função primordial”⁸

Neste aspecto verificamos como a irredutibilidade encontra-se presente de forma expressa, sendo assim, verifica-se um fator de redutor do valor dos benefícios em face do fator previdenciário, o qual será abordado posteriormente, sendo uma redução a priori do benefício.

Prosseguindo temos o princípio da equidade na forma de participação e custeio, o qual o autor continua destrinchando:

“ 4.5. Equidade na forma de participação no custeio – Art. 195, V, da CF

⁷ UGATTI, Uendel Domingues. **O Princípio Constitucional da Contrapartida na Seguridade Social**. São Paulo: LTr, 2003. p. 40-41.

⁸ UGATTI, Uendel Domingues. **O Princípio Constitucional da Contrapartida na Seguridade Social**. São Paulo: LTr, 2003. p. 41.

A equidade⁽⁵⁵⁾ na forma de participação no custeio compreende a graduação da carga tributária, para que, de forma proporcional, as pessoas (jurídicas ou naturais) possam suportá-la, de acordo com a sua capacidade econômica e em consonância com os princípios constitucionais do primado do trabalho, bem-estar e justiça social, consagrados no art. 193 da Constituição.

A equidade no custeio da seguridade social, ademais, não se limita tão somente à observância da capacidade contributiva⁽⁵⁶⁾ do sujeito passivo da obrigação tributária⁽⁵⁷⁾, visto que corresponde à busca de justiça no custeio da seguridade social, na forma do já citado art. 193 da Lei das Leis.

A consagração do princípio da equidade na forma de participação no custeio, em vez da simples previsão de que as contribuições para seguridade social também deveriam submeter-se ao princípio da capacidade contributiva, segundo o nosso entendimento, é o maior indicador de que o seu efetivo objetivo é o de instituir princípio constitucional diverso para o custeio da seguridade social.

E, por meio de uma interpretação sistemática do texto constitucional em obediência à unidade da Constituição⁽⁵⁸⁾, parece-nos que o legislador ordinário, ao instituir contribuições para o custeio da seguridade social, deverá observar, além do princípio da contrapartida⁽⁵⁹⁾, a capacidade contributiva do sujeito passivo da exação, bem como se os princípios do primado do trabalho, bem-estar e justiça social estão sendo respeitados.

Nesse sentido, Wagner Balera⁽⁶⁰⁾: “Só será equânime a participação que atue na direção do ideal da Ordem Social: o bem-estar e a justiça. Sendo distintas as situações econômicas das categorias sociais, a equidade impõe igual distinção às contribuições. Equânime, afirma Aristóteles, é o reto, o justo”.

A propósito, o legislador constituinte reformador⁽⁶¹⁾, em estrita observância ao princípio da equidade na forma de participação no custeio, por meio da Emenda Constitucional n. 20/98, acrescentou ao art. 195 da Constituição o seu atual § 9º, *in verbis*:

Art. 195, § 9º: As contribuições sociais previstas no inciso I deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão-de-obra”.⁹

⁹ UGATTI, Uendel Domingues. **O Princípio Constitucional da Contrapartida na Seguridade Social**. São Paulo: LTr, 2003. p. 41-43.

De forma bastante elucidativa destrincha que a equidade vem como um adicional para indicar que as diferenças devem ser levadas em consideração dentro de um parâmetro maior de bem-estar, justo e reto, isso traz ainda mais força aos princípios anteriormente citados, uma vez que vem como forma de moderar tais relações em face da capacidade contributiva.

Analisa-se ainda a temática do princípio da diversidade da base de financiamento:

“4.6 A diversidade da base de financiamento – Art. 195, VI, da CF

A seguridade social idealizada pelo legislador constituinte deve buscar recursos em fontes diversas. O modelo de financiamento tríplice consagrado na Constituição de 1934, diante da realidade atual, mostra-se insuficiente para o financiamento total dos benefícios consagrados no texto constitucional.

Dessa forma, não só os empregadores, os trabalhadores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão financiar a seguridade social, mas sim toda a sociedade, de forma direta – por meio as contribuições para a seguridade social – e indireta – por meio da dotação orçamentária dos entes federativos – União, Estados, Distrito Federal e Municípios.¹⁰

Este princípio basicamente trata da forma de custeio da seguridade social, fazendo uma previsão de que para a sustentabilidade do sistema previdenciário, com fins de trazer segurança a sua efetividade que toda a sociedade deverá estar envolvida no custeio, envolvendo inclusive os entes federativos.

Segue por fim na temática do caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação da comunidade em especial de trabalhadores, empresários dos aposentados e do governo nos órgãos colegiados:

¹⁰ UGATTI, Uendel Domingues. **O Princípio Constitucional da Contrapartida na Seguridade Social**. São Paulo: LTr, 2003. p. 44-45.

“ 4.7 Caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação da comunidade em especial de trabalhadores, empresários dos aposentados e do governo nos órgãos colegiados – Art. 195, VII, da CF

O presente princípio tem como objetivo consagrar o direito da sociedade civil de participar da administração dos órgãos que executam as normas da seguridade social.

Segundo Wagner Balera⁽⁶³⁾, “ é dos primórdios de nossa legislação social a existência de órgãos paritários incumbidos de velar pela execução. Assinala Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira que o primeiro desses órgãos foi o Conselho Nacional do Trabalho, criado pelo Decreto 16.027, de 30 de abril de 1923. Ali, tinham assento trabalhadores e patrões, principais interessados no bom funcionamento da organização previdenciária.”

Dessa forma, demonstra-se salutar o restabelecimento do caráter descentralizado da gestão administrativa da seguridade social, em consonância com o espírito democrático consagrado em nossa Constituição, representando a vontade dos principais envolvidos (empresários e trabalhadores) e, por fim, de toda sociedade civil.”¹¹

Este princípio é o que mais se aproxima do interesse social da seguridade social, uma vez que promove um caráter democrático no qual se levanta sempre o interesse dos beneficiários em prol de um melhoramento dos institutos que promovem a previdência social.

1.2 Da previsão legal infraconstitucional e constitucional do fator previdenciário

Primeiramente para adentrarmos os aspectos normativos atinentes ao tema, devemos fazer breve análise sobre o fator previdenciário, Luciano Marinho Filho, traz cristalina explicação sobre o tema:

“ A questão explicativa inicial é que o “fator previdenciário” guarda relação com três parâmetros: (1) a idade de aposentadoria; (2) a expectativa de sobrevida no momento da aposentação; (3) o tempo de contribuição.

¹¹ UGATTI, Uendel Domingues. **O Princípio Constitucional da Contrapartida na Seguridade Social**. São Paulo: LTr, 2003. p. 45.

O fator previdenciário foi criado com intuito de influir na minimização ou redução do valor dos benefícios previdenciários (aposentadorias ou pensões) concedidos, a partir do momento de sua concessão, de maneira inversamente proporcional à “idade de aposentadoria” do segurado. Isto é, quanto menor a idade de aposentadoria, maior a influência do fator previdenciário e, conseqüentemente, menor o valor do benefício a receber.

Neste contexto analogamente, quanto maior for a “expectativa de vida média do povo brasileiro”, calculada e divulgada periodicamente pelo IBGE, através da tabela de mortalidade, também maior a interferência do fator previdenciário no valor final da aposentadoria, decrescendo o valor a ser percebido pelo segurado requerente.

Outro elemento de alta relevância na composição do fator previdenciário que influenciará o cálculo a aposentadoria pelo regime geral da previdência social é o “tempo de contribuição” na medida em que também irá alterar, diretamente, o resultado do fator que será aplicado para cálculo do benefício. Noutras palavras, quanto maior o tempo de contribuição, menor o redutor aplicado e vice-versa, isto é, quanto menor o tempo de contribuição, maior o redutor.

A formula matemática que compõe o fator previdenciário é a que segue:

f = fator previdenciário

E_s = expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria;

T_c = tempo de contribuição ao INSS até o momento da aposentadoria;

I_d = idade no momento da aposentadoria; e

a = alíquota de contribuição correspondente a 0,31 (constante, que corresponde a 20% das contribuições patronais, mais até 11% das contribuições do empregado).

Esse fator previdenciário “ f ”, quando obtido, será multiplicado pelo “salário de benefício” – que é o valor, em resumo a exprimir o resultado da conta das contribuições efetuadas pelo segurado num período mínimo determinado por lei e que mantém certa coerência com o quantitativo por ele depositado (nível de desconto) ao longo dos anos (salário de contribuição) – valores aqueles tais, quando entre si multiplicados, permitem obter o valor da renda mensal inicial (RMI) do segurado aposentado ou sua aposentadoria inicial.

$RMI = f \times SB$

f = fator previdenciário

SB = salário de benefício ^{“12}

O fator previdenciário encontra respaldo na Lei 9.876/1999, conforme visto anteriormente a constituição não permite que seja afetado o valor do benefício sem que esteja nas causas elencadas, o autor prossegue em seu segundo capítulo abrangendo a temática da inconstitucionalidade:

“É bem verdade que todas as categorias padecem do fator-redutor, mas o que chamamos atenção é que a interferência dele sobre as categorias especiais é bem maior. São esses segurados que necessitam se aposentar precocemente, logo, como regra, correspondendo aos segurados mais jovens e que permanecerão por mais tempo a depender dos fundos públicos. Desta sorte, em termos práticos, são mais prejudicados que os demais. Ora, se a normatização das “categorias especiais” tinha por uma meta promover exatamente benefícios com uma aposentadoria antecipada, isso foi distorcido e transmutado pela Lei 9.876/1999 que, com o fator previdenciário, agride com maior relevância justamente as categorias antes protegidas, seja quando da obtenção da renda mensal inicial e, progressivamente, em função do (e por mais) tempo, com atualizações sempre dissociadas ou diferenciadas daquelas outrora impostas aos seus descontos contributivos.

Ou seja, como as taxas aplicadas de atualização e crescimento do salário mínimo e dos descontos previdenciários são diferenciadas daquelas utilizadas para atualizar os benefícios das aposentadorias ou pensões e são os segurados especiais que mais tempo passam a depender as categorias de aposentados mais prejudicadas. Na contramão da proteção constitucional, embutindo-se o fator-redutor às categorias de labor específico, desconstruiu-se às avessas a normatização conferida. Aliás, serviram para criar uma especialidade para pior, porque iludem e estimulam os segurados especiais a antecipar sua aposentadoria. Por isso, demonstradas a incompatibilidade e inconstitucionalidade da inclusão desse fator redutor previdenciário às categorias de aposentação especial. “Chega-se a outra repercussão extralegal, mas incidente também sobre essas categorias: o elemento “tempo” passa a ser outro parâmetro prático, talvez o de maior relevância, no cálculo e na percepção de aposentadorias e pensões.”¹³

¹² MARINHO FILHO, Luciano. **Fator Previdenciário fórmula, aspectos qualitativos e inconstitucionalidade embutida**. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, ano 35, n. 135, p. 96-97, jul-set 2009.

¹³ MARINHO FILHO, Luciano. **Fator Previdenciário fórmula, aspectos qualitativos e inconstitucionalidade embutida**. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, ano 35, n. 135, p. 99, jul-set 2009.

Com isso tem-se mais um ponto de convergência em relação à aposentadoria especial, uma vez que tal incidência conforme visto anteriormente não seria possível, isso implica em grave lesão ao direito de aposentadoria constitucionalmente estipulado uma vez que adoção de um fator redutor de benefício já exaurido tema exposto é vedado constitucionalmente, ainda adentrando o princípio da igualdade uma vez que temos consubstanciado uma grave lesão em relação ao tratamento dispensado a essa categoria protegida constitucionalmente no artigo 201 parágrafo 1º.

1.3 Análise hermenêutica relativa ao atinente a aos artigos referentes à irredutibilidade da aposentadoria

Verifica-se que a aposentadoria encontra ampla gama de proteção e definição robusta na Constituição, sendo assim, deve-se fazer a análise hermenêutica do atinente fazendo a sua correlação a temática do fator previdenciário, propiciando uma visão esclarecedora dos possíveis conflitos normativos.

Inicialmente se faz necessário deixar claro aquilo que expresso encontra-se em nossa Carta Magna, no que tange a hermenêutica, verifica-se a lição dada por Francisco Ferrara:

“ a interpretação literal é o primeiro estágio da interpretação. Efetivamente, o texto da lei forma o substrato de que deve partir e em que deve repousar o intérprete. Uma vez que a lei está expressa em palavras, o intérprete há de começar por extrair o significado verbal que delas resulta, segundo a sua natural conexão e as regras gramaticais.

O sentido das palavras estabelece-se com base no uso linguístico, o qual pode ser diverso conforme os lugares e os vários círculos profissionais. Normalmente as palavras devem entender-se no seu sentido usual comum, salvo se da conexão do discurso ou da matéria tratada derivar um significado especial técnico. É o que se verifica quando se trata de matérias ou de institutos que têm entre os interessados uma terminologia particular (direito marítimo, contratos de bolsa, regime de águas, certas espécies de venda e etc.).

Acontece também que no direito algumas palavras se revestem de uma acepção técnica que não coincide nem corresponde ao seu significado popular. Assim as palavras

posse, usufruto, boa-fé, diligência, hipoteca, caso fortuito, legado e semelhantes. Em tal caso deve-se escolher, na dúvida, a significação técnica jurídica, pois é de presumir que o legislador usou as palavras com plena reflexão e, portanto, se serviu delas no seu significado técnico, de preferência ao vulgar.

Pode existir, finalmente, um uso linguístico individual do próprio legislador: na verdade, pode suceder que o legislador empregue certas fórmulas e maneiras de dizer com um valor especial, diverso do ordinário e do jurídico, e que resulta do confronto com a terminologia e a estilística adaptada em um código ou corpo de leis. Em tal caso prevalece este significado individual.

As palavras hão de entender-se na sua conexão, isto é, o pensamento da lei deve inferir-se do complexo das palavras usadas e não de fragmentos destacados, deixando-se no escuro uma parte da disposição. Deve-se partir do conceito de que todas as palavras têm no discurso uma função e um sentido próprio, de que neste não há nada supérfluo ou contraditório, e por isso o sentido literal há de surgir da compreensão harmônica de todo o contexto.

Se as palavras empregadas são equívocas ou indeterminadas, se todo princípio é obscuro, se resultam consequências contraditórias ou revoltantes, a interpretação literal não pode remediar esta situação. Será preciso recorrer à interpretação lógica.

De resto, mesmo quando o sentido é claro, não pode haver logo a segurança de que ele corresponde exatamente à vontade legislativa, pois é bem possível que as palavras sejam defeituosas ou imperfeitas (*manchevole*), que não reproduzam em extensão o conteúdo do princípio ou, pelo contrário, sejam demasiado gerais e façam entender um princípio mais lato do que o real, assim como, por último, não é excluído o emprego de termos errôneos que falseiem abertamente a vontade legislativa. O sentido literal é incerto, hipotético equívoco. Também os que atuam *in fraudem legis* observam que o sentido literal da lei e, no entanto, violam o seu espírito. Como ajuda, integração e controle da interpretação gramatical serve a interpretação lógica.”¹⁴

Verificado isso, observamos que claramente temos uma análise linguística da normativa constitucional nos leva a crer que o artigo 201, parágrafo primeiro encontra-se em dissonância com aquilo que é ditado pela normativa infraconstitucional da Lei 9876.

¹⁴ FERRARA, Francesco. **Como aplicar e interpretar as leis.** trad. Joaquim Campos de Miranda. – Belo horizonte: Líder, 2002. p. 33-35

Observa-se que em relação a essa dissonância, temos a necessidade da interpretação abrogante, como diz o supracitado autor, abordando também sobre contraditório fundamento que legitima o fator previdenciário:

“ Por último, a interpretação pode levar a um resultado extremo – a negar sentido e valor a uma disposição de lei, quando se verifica a sua absoluta contraditóriedade com outra norma supra-ordenada e principal.

As antinomias e os desacertos não são raros nos nossos sistemas legislativo, filiando-se muitas vezes em defeitos de coordenação e em esquecimentos. Ora, quando duas disposições há uma contradição absoluta e não se descobre nenhum meio de as conciliar, a interpretação deve logicamente eliminar a norma contradicente, reputando-a letra morta, vazia de conteúdo. Em tal caso fala-se de *interpretatio abrogans*, não porque o intérprete ab-rogue a lei, mas porque da interpretação resulta que a norma é ab-rogada por incompatibilidade.

Neste conflito deve ter-se em conta o diverso grau de importância das normas contraditórias, pois, tratando-se de preceitos igualmente principais e antagônicos, a contradição leva à sua elisão recíproca: nenhum deles sobrevive. Mas o caso é raro. Se pelo contrário a incompatibilidade tem lugar entre uma disposição principal e uma disposição secundária e acessória, então leva à ineficácia da última, deixando firme a disposição fundamental.

Assim os autores sustentam, em regra que há antinomia entre o princípio geral que exige a forma escrita para as convenções constitutivas ou translativas de direitos reais mobiliários (art. 1.314º) e a norma que requer a publicidade de uma sentença que reconheça a existência de uma convenção que tenha esse objeto (art. 1932º, n. 8), visto ser patente que uma convenção verbal translativa de imóveis nunca poderia ter eficácia, e, portanto, a hipótese em questão é inverificável. Assim, também há contradição entre o princípio fundamental que admite a ação de manutenção unicamente para posse de bens imóveis ou de universalidade de móveis (art. 694º) e a disposição processual, que para fins de competência supõe uma ação de turbação para a posse de coisas móveis (Código de Processo. Civil, art.93º). Em tal caso, a norma acessória processual é sacrificada e considera-se como não escrita.”¹⁵

Uma vez observado isso temos como base que uma normativa infraconstitucional, conflituosamente com um rol taxativo constitucional, deve ser obedecida de forma clara e inequívoca, incorrendo em plena inconstitucionalidade em prol desta situação.

¹⁵ FERRARA, Francesco. **Como aplicar e interpretar as leis.** trad. Joaquim Campos de Miranda. – Belo horizonte: Líder, 2002. p.45.

2 ANÁLISE CONCEITUAL DO DIREITO ADQUIRIDO

De Suma importância se faz a análise do conceito legal de direito adquirido, para isto avalia-se ensinado por Belizário Antônio de Lacerda:

“O conceito de direito adquirido decorre da própria lei, em especial o § 2º do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, conforme se pode ver de sua redação:

“Consideram-se direitos adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aquele cujo começo de exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.”

Esse conceito de direito adquirido é válido tanto para o direito privado quanto para o direito público, pois não se concebe, em termos científicos, que um instituto, que tenha uma só natureza jurídica, possa assumir outra natureza apenas por mera divisão dicotômica do direito, a qual se adstringe a critérios simplesmente hermenêuticos.”¹⁶

Sendo assim, verifica-se que no caso do fator previdenciário vem a interferir em condição preestabelecida inalterável constitucional, já citado parágrafo 1º do artigo 201 da Constituição Federal de 1988, ainda assim verifica-se que se aplica tanto ao direito privado quanto direito público, então pouco importando a modalidade de aposentadoria, este tendo os requisitos mínimos expostos na constituição para ingresso no pedido de aposentadoria essa tendo a vedação de um redutor do benefício não poderia ser minorado naquilo de direito do beneficiário.

Ainda assim verificamos que o direito adquirido pela sua importância constitucional deve ser seriamente considerado em face de sua possível lesão pelo instituto do fator previdenciário, pois em se tratando de inconstitucionalidade, inúmeros segurados seriam atingidos e uma situação caótica se destrincharia para a correção dos valores em face de tal admissão, pois nesta hipótese deixaria de ser uma mera expectativa de direitos e passaria a ser um direito adquirido não tutelado em face de uma norma a qual o INSS é restrito a atuar, devido ao princípio da legalidade estrita.

¹⁶ LACERDA, Antonio de Lacerda. **Direito Adquirido**. – Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p.19.

2.1 Análise do direito adquirido e o fator previdenciário

O fator previdenciário como anteriormente visto, impacta de forma concreta a sociedade além de infringir princípios e o próprio artigo 201 parágrafo 1º da CF/88, com isso verificamos ainda uma situação ainda mais grave no que tange o direito adquirido, dos beneficiários que foram afetados pela mudança da legislação.

Para tanto devemos abordar de forma sistemática sobre o elemento do direito adquirido em face da Constituição Federal de 1988, uma vez que se discute tal natureza em virtude da adoção naquilo que tange sua aplicação.

Elival da Silva Ramos, em sua obra *A Proteção Aos Direitos Adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro*, traz uma diferenciação elucidativa entre o direito adquirido e expectativa de direito:

“(...) Bastante precisas e elucidativas a respeito as ponderações de Caio Mário da Silva Pereira.

“Enquanto o direito adquirido é a consequência de um fato aquisitivo que se realizou por inteiro, a expectativa de direito, que traduz uma simples esperança, resulta de um fato aquisitivo incompleto”^{391 17}.

Por conseguinte o autor supracitado prossegue em sua explicativa cristalina sobre a temática do direito adquirido com uma exemplificação bastante elucidativa:

“Trata-se, por conseguinte, de três situações que se apartam ao longo processo de criação do direito adquirido, pelo qual este vai, gradativamente, assumindo os contornos de um direito incorporado ao patrimônio de seus titular: primeiro há apenas a previsão legal, em abstrato, de um fato que, uma vez ocorrido, terá como consequência o surgimento do direito; em um nível intermediário temos o desencadeamento do pressuposto fático, sem que se tenha, contudo, aperfeiçoado completamente³⁹³; finalmente, o fato aquisitivo se perfaz por inteiro e nasce o direito que, em face de suas características intrínsecas, se reconhece como adquirido. Na primeira etapa está situado o regime jurídico ou a faculdade legal; na segunda, a expectativa de direito; por fim, temos o direito adquirido.

¹⁷ RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro**. – São Paulo: Saraiva, 2003. p.185.

Alguém que seja brasileiro, e preencha todos os requisitos legais para vir a ocupar um determinado cargo público, porém não tenha ainda prestado o pertinente concurso, não ostenta sequer uma expectativa de direito no que tange à aposentadoria nesse cargo. Após a investidura no cargo e decorrido algum tempo de exercício, já se pode aludir à expectativa do agora funcionário em vir a se aposentar de acordo com as condições previstas na legislação em vigor. No entanto, apenas após o perfazimento de todos os requisitos legais, especialmente do lapso temporal exigido, é que surgirá o direito à aposentadoria e aos correspondentes proventos. As duas primeiras situações não estão constitucionalmente tuteladas diante da eficácia legal retroativa ou retrospectiva, o que acontece com a última, já que de acordo com a doutrina e jurisprudência nacionais, existe um direito adquirido à aposentação³⁹⁴.¹⁸

Sendo assim, o que se discute não é a retroatividade e sequer a expectativa de direitos que surgiu em detrimento da adoção de um novo critério para o ingresso no pedido de aposentadoria, mas sim da constitucionalidade do próprio requisito, este formulado em detrimento de uma emenda constitucional que conflita diretamente com os requisitos elencados no artigo 201, parágrafo 1º da CF/88, sendo que a análise demonstra claramente a falta de subsídios constitucionais que promovam a adoção ao método, como por exemplo a expectativa de sobrevida média do brasileiro, novamente é necessária a leitura atenta do artigo 201, parágrafo 1º da CF/88:

“§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.”¹⁹

E novamente verifica-se no artigo 201, parágrafo 7º os requisitos dentro das condições acima citadas que gerenciam o regime geral de previdência social:

¹⁸ RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro**. – São Paulo: Saraiva, 2003. p.186-187.

¹⁹ Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: de 5 de outubro de 1988. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03//constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

“§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.”²⁰

Ficam cristalinas as condições estabelecidas, portanto, pela lógica exposta há de se falar em se considerando o fator previdenciário, um aspecto discriminatório, um direito adquirido constante da constituição na consumação dos requisitos estabelecidos, e não em expectativa de direito como se faz pensar em se considerando constitucional tal medida.

Por evidente ficam esclarecidas as intenções do fator previdenciário como preceito norteador para o equilíbrio financeiro, contudo, a adoção do cálculo, faz afronta direta como posteriormente será abordado, ao conteúdo essencial do constante o artigo 201, em suma, apresenta como normativa.

Em trecho do autor Aurélio Wander Bastos, explana de forma bastante interessante o posicionamento doutrinário em relação ao instituto do fator previdenciário:

“ O resultado dos cálculos é uma verdadeira tragédia; em primeiro lugar, servidores públicos, aposentados e pensionistas, titulares de direito adquirido, perdem o seu direito e funcionários públicos e servidores celetistas sofrem sucessivas reduções salariais no exato momento que envelhecem. Por outro lado, estas proposições mais se classificam como técnicas de políticas destinadas a alcançar o equilíbrio financeiro atuarial da previdência, comprimindo os direitos do servidor público, que normativamente são amparados com o esdrúxulo efeito do artigo 5º da Lei nº 9717/1998, e da Portaria nº 479/2013, que em muitas circunstâncias, alcança o próprio empregado celetista.

No seu conjunto os direitos do servidor foram constitucionalmente consagrados na fórmula originária da Constituição, mas os efeitos da leitura provocada por estas normas tem resultado efetivo desrespeito ao princípio do direito adquirido, da preservação da integridade do caráter alimentar,

²⁰ Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: de 5 de outubro de 1988. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

da anterioridade e da garantia hierárquica das leis. A fórmula do fator previdenciário têm um especial aparência lógica de “alta matemática”, mas, na verdade, a sua essência é uma reversão ideológica que viola princípios jurídicos tradicionalmente consagrados em leis gerais e, até, na Constituição. Assim, por exemplo, perdem o seu direito adquirido, ou são constrangidas em seus benefícios, com a simples aplicação da fórmula, aqueles que teriam (tem) direito à pensão vitalícia da pessoa designada (dependente maior de 60 anos) sucessiva à morte do servidor; menor sob guarda judicial do servidor; menor sob guarda ou tutela até os 21 anos e outros.

É injustificável, neste sentido, que atos ministeriais, que nem sempre traduzem políticas de governo, divergentes das leis gerais, muitas vezes fora do alcance administrativo dos próprios decretos presidenciais apoiados em leis dissonantes dos princípios fundamentais do Estado, em visível confronto com a hermenêutica jurídica, suspendam ou derroguem direitos adquiridos, muitas vezes levando servidores a situações parasitárias, suscetíveis aos efeitos das políticas de reequilíbrio financeiro impostas pela Emenda nº 41/2003, fonte das políticas de ajuste financeiro e atuarial. Esta Emenda estabelece (art. 40) que o regime de previdência tem um “caráter contributivo solidário, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro atuarial” diferentemente do texto originário anterior que dispunha “é assegurado o regime de previdência em caráter contributivo (não estando indicada a palavra solidário), observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro atuarial” e, na mais absoluta diferença do texto original da Constituição que nem ao menos faz qualquer referência e finalidade do recebimento previdenciário com vistas ao equilíbrio financeiro-atuarial. Efetivamente, houve uma profunda mudança na política previdenciária que evoluiu de seu caráter de proteção individual, incorporando ao texto o velado princípio da solidariedade, que, na verdade, não está exatamente sintonizado com o princípio da dignidade humana e o respeito às técnicas de interpretação tradicionais.²¹

Com isso podemos inferir conclusivamente, que a afronta ao direito adquirido é tema de grande polêmica, uma vez que é bastante evidente a manobra legislativa como citado acima em prol de uma fórmula que de toda forma não se pode afirmar ser compatível não apenas no tocando a Emenda Constitucional nº 41 quanto ao já exaurido e analisado artigo 201 em seu parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988.

²¹ BASTOS, Wander Bastos. A função corrosiva do Fator Previdenciário. **Editora JC**, Rio de Janeiro, n. 160, dez 2013. Disponível em: < <http://www.editorajc.com.br/2013/12/governo/> >. Acesso em 02 jul. 2014.

3 DA ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DO FATOR PREVIDENCIÁRIO

Verificamos que juridicamente a temática é bastante turbulenta e repleta de inúmeras decisões em prol da inconstitucionalidade do instituto do Fator Previdenciário, verifica-se no artigo extremamente esclarecedor escrito por Carlos Alberto Vieira de Gouveia e Samantha da Cunha Marques, que trata sobre decisão relativa ao assunto tratado no STF:

“Ademais, conforme consta dos autos de referida Ação Direita de Inconstitucionalidade, o Ministro Marco Aurélio Mello, ao proferir seu voto, onde deferia a liminar pleiteada, consignou que (fls. 759 e seguintes da ADIN 2.111) “... fator previdenciário e fator de idade são a mesma coisa, porque, em última análise, tomou-se o elemento idade para nortear-se os proventos de aposentadoria – isso ninguém pode negar ...”.

Outros trechos de referido voto que nos clama aos olhos e o qual corrobora para com a tese apresentada são os que abaixo seguem transcritos:

“Digo que o fator idade e fator previdenciário significam a mesma coisa porque a idade repercute no cálculo do benefício e, daí, entre as siglas da equação para chegar-se ao valor do benefício, tem-se a idade no momento da aposentadoria. Ao lado dessa idade, parte-se para o que se denominou 'expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria'. Então, não há a menos dúvida de que se emprestou o rótulo ao novo trato da matéria, o rótulo fator previdenciário, que pode ser entendido às claras, com uma transparência maior, como o fator idade.

...

Se formos ao art. 201 da Carta da República, na redação decorrente da Emenda Constitucional n. 20, veremos que esse artigo 201, § 7, incisos I e II, estabelece certas condições constitucionais para chegar-se à aposentadoria. No tocante à idade, a previsão ficou limitada à aposentadoria por idade propriamente dita. Não se estendeu esse elemento à aposentadoria que antes era por tempo de serviço e que a Emenda Constitucional n. 20 transformou em aposentadoria por tempo de contribuição.

Há mais, e aí precisamos perceber o alcance dos diversos dispositivos constitucionais a partir de princípios que devem

e precisam nortear a sua leitura, compreendendo-se até mesmo que, como lecionado pelo Professor Inocêncio Mártires Coelho, não temos, em um sistema, normas incompatíveis. A Constituição Federal é um grande todo e não podemos raciocinar, relativamente a um certo instituto, à margem dos princípios nela contidos.

O rol do artigo 5º é muito aberto, com preceito que é básico, é medular, num Estado Democrático de Direito, alusivo à igualdade. Revelando o alcance desse preceito, especificamente quanto ao fator idade, há um outro dispositivo que o exclui no tocante a certo instituto. Refiro-me ao artigo 7º, inciso XXX. Desse inciso nos vem, de forma clara, precisam que não se pode haver diferenças de salários, de exercício de funções, de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Será que se mostra harmônica com essa norma, com o princípio da igualdade, com o que houve quando da apreciação da PEC, que resultou na Emenda Constitucional n. 20, a tomada da idade para nortear proventos submetidos a um teto que não permite subterfúgios, como é o de mil e duzentos reais? A meu ver, não. ... Os proventos devem ser calculados na forma fixada na legislação de regência, mas esta há de mostra-se em consonância com os ditames constitucionais, sob pena de configurar-se conflito, a inconstitucionalidade.”²²

Remete-se desse voto à reiteração do estudo constitucional da normativa feita anteriormente, ressaltando as alterações da Emenda Constitucional n. 20, temos uma inequívoca visão de que existem diversos pontos de divergência entre princípios, e a legislação como ressaltado no referido voto.

Os autores prosseguem em sua argumentação trazendo consolidação com o parecer da Fiesp/Ciesp:

“Nos termos do artigo 201 da Constituição Federal, podemos verificar que a expectativa de sobrevivência não consta do rol dos requisitos exigidos para a concessão de aposentadorias pelo Regime Geral de Previdência Social. O mesmo dispositivo constitucional também proíbe a adoção de critérios diferenciados para a concessão de aposentadorias a seus beneficiários. Não podemos olvidar que a Carta Magna, para efeito de cálculo de benefício, considerou, apenas, os salários-de-contribuição dos

²² **GOUVEIA**, Carlos Alberto Vieira de; **MARQUES**, Samantha da Cunha. Da natureza Inconstitucional do Fator Previdenciário. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 54, jun 2008. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=2798&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em jul 2014.

*segurados do sistema de previdência social; assim, não há como justificar, por meio de lei ordinária, a inclusão do fator previdenciário como elemento componente do cálculo do benefício. (...Omissis...)*²³

Neste ponto, novamente faz-se apontamento daquilo que consta no corpo do artigo 201, este trazendo um rol taxativo dos critérios qualificativos e permitidos para que se tenha legitimidade ao direito de aposentadoria.

Os supracitados autores fazem referência ao julgado no processo: 2005.63.15.000133-5 – JEF SÃO PAULO:

“ [...]”

Mediante este fator, pessoas que contribuíram pelo mesmo período e sobre o mesmo salário de contribuição, mas com idades diferentes por ocasião do requerimento, obterão uma RMI diferente. Aquela com a idade maior receberá uma RMI maior.

Reciprocidade das Contribuições O fator previdenciário, ao interferir no valor da renda mensal inicial, levando-se em conta a idade e a sobrevida do beneficiário, afronta indiretamente o princípio da reciprocidade das contribuições.

O valor recolhido não guardará qualquer relação com o valor do benefício. Desta forma, torna-se impossível, para o segurado, planejar sua vida futura, já que, não importando qual o valor recolhido, haverá redução do valor recebido de acordo com sua idade na Data de Início do Benefício. Haverá, também, afronta ao princípio da isonomia pois, pessoas que recolheram valores idênticos receberão benefícios diferenciados dependendo da idade de cada um.

Irredutibilidade das Contribuições O fator previdenciário não tem qualquer relação com o princípio da irredutibilidade dos benefícios. Este princípio veda que os valores recebidos a título de benefício previdenciário não sofram qualquer redução, ficando assegurada, inclusive, sua correção mediante a aplicação de índices que preservem seu valor real.

O fator previdenciário não tem qualquer relação com a irredutibilidade dos benefícios porque incide no cálculo da RMI. Este princípio diz respeito com a correção da renda já calculada. 4 e 5. Inconstitucionalidade do Fator

²³ **GOUVEIA**, Carlos Alberto Vieira de; **MARQUES**, Samantha da Cunha. Da natureza Inconstitucional do Fator Previdenciário. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 54, jun 2008. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=2798&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em jul 2014.

Previdenciário nos Termos do Artigo 201, § 1º, da Constituição Federal. O § 1º artigo do 201 da Constituição Federal estabeleceu: É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.

Ou seja, a lei infra constitucional não pode criar critérios diferenciados para segurados nas mesmas condições, a não ser as hipóteses ressalvadas no próprio dispositivo constitucional. A questão a ser analisada neste caso é se o fator previdenciário instituiu um requisito discriminador. Ao ser efetuado o cálculo da aposentadoria por tempo de contribuição ou idade, aplica-se este fator levando-se em conta a idade do segurado e a sua expectativa de sobrevivência. Em outras palavras, quanto mais jovem for o segurado, menor será sua RMI, ainda que tenha contribuído por igual período e mediante os mesmos valores que um outro segurado, mais velho do que ele. A lei 9.876/99 instituiu um critério diferenciador entre segurados nas mesmas condições. Ao agir de tal modo, ofendeu claramente o disposto no § 1º do artigo 201 da Constituição Federal que veda tal prática.

24

Transparece neste trecho de forma bastante clara a adequação do Princípio da igualdade sendo colocada a baila, temática de extrema relevância, quando trata de uma lei infraconstitucional discriminadora, uma vez que como já verificado o rol deixa claro que a adoção de outros critérios que não suprissem a normativa constitucional de forma clara e inequívoca iriam atingir o conteúdo essencial que a torna constitucional, portanto, deve-se atentar para a questão com a finalidade de se atingir um equilíbrio, os aspectos que se colocam em discussão são os meios empregados para atingir tal objetivo, no caso mostra-se a lógica adotada bastante cristalina uma vez que não se trata de uma norma de interpretação irrestrita, apresentando um rol bem coeso e definido das situações previstas para legitimação, controle e as exceções a serem adotadas, sendo considerado como acima exposto uma ofensa direta ao artigo 201 da Carta Magna em seu parágrafo 1º.

²⁴ **GOUVEIA**, Carlos Alberto Vieira de; **MARQUES**, Samantha da Cunha. Da natureza Inconstitucional do Fator Previdenciário. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 54, jun 2008. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=2798&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em jul 2014.

Ainda assim verifica-se a explicação bastante interessante de José Pinto da Mota Filho, em seu artigo publicado sobre Fator previdenciário:

“Entretanto, o que vem ocorrendo na prática foge do objetivo inicial. Isso porque, no caso hipotético de um segurado homem contar com 55 anos de idade e 37 anos de contribuição, encontrando-se, portanto, preenchidos os requisitos legais para aposentadoria por tempo de contribuição, e requerer a concessão do benefício hoje, ele perderia aproximadamente 24% no valor do benefício.

Verifica-se, no caso hipotético, que o segurado contava com idade de 55 anos e 37 anos de contribuição, ou seja, mais do que o exigido pela legislação e, mesmo assim, o fator previdenciário veio em prejuízo ao segurado, retirando-lhe em média 1/4 da sua aposentadoria.

Tal situação decorre da metodologia de cálculo do fator previdenciário, que inclui as informações da tabela de mortalidade do IBGE, entidade responsável por coletar os dados relativos à expectativa de sobrevida.

Tal tabela prevê o número de anos que a pessoa ainda viverá quando atingir determinada idade. Temos, assim, que o fator previdenciário aumenta com a idade do segurado e do seu tempo de contribuição e varia na razão inversa da expectativa de sobrevida.

Ainda, as tabelas de expectativa de sobrevida utilizadas no cálculo do fator previdenciário são atualizadas anualmente, sempre no mês de dezembro. Essa atualização vem mostrando o aumento da expectativa de sobrevida da população, o que reflete na redução do fator previdenciário.

Importante destacar que, nos anos de 1998 a 2001, a expectativa de sobrevida variou pouco mais de 1%, não acarretando mudanças substanciais no valor do benefício. Contudo, em 2002, com a introdução de dados obtidos no Censo Demográfico de 2000, a expectativa de vida “aumentou” cerca de 12%, pois as estimativas anteriores estavam subestimadas.

Assim, verifica-se que o fator previdenciário não se mostra fórmula proporcional e justa. Antes, pelo contrário, penaliza, principalmente, aqueles segurados que ingressaram cedo no mercado de trabalho.

Não se pode olvidar, ainda, que o sistema utilizado pelo IBGE não faz diferença entre sexos, quando na prática se sabe que a mulher, na média, tem seu óbito em momento posterior ao homem. Assim, a metodologia, no mínimo, maltrata a lógica em contraposição à tese do equilíbrio atuarial.

Por fim, tal norma é ainda inconstitucional ao nosso ponto de vista, eis que a imposição de idade mínima, feita através da Lei

do Fator Previdenciário (nº 9.876/99), caracteriza alteração de norma de ordem pública e constitucional através de lei ordinária, o que é vedado, pois tais normas não podem, sob qualquer hipótese, serem suprimidas por leis infraconstitucionais. As normas constitucionais só podem ser alteradas através de emendas constitucionais, eis que necessário quórum especial de votação.

Assim, entendemos que o fator previdenciário, da forma como está, é absolutamente inconstitucional.²⁵

O autor nessa dissertação faz avaliações de suma importância ao entendimento mais aprofundado da questão em tela, principalmente no que tange os Princípios conflitantes, uma vez que na análise hermenêutica já temos a valoração de norma constitucional versus infraconstitucional, neste sentido temos o embate entre princípios nos quais como anteriormente ditos, deve prevalecer aquele mais valioso, no caso entre uma ferramenta que discrimina o cidadão em face do equilíbrio financeiro e o direito social estipulado constitucionalmente, deve claramente prevalecer o segundo, como avalia o supracitado autor.

Sobre o interesse social, devemos observar as valiosas lições dadas por Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, sobre interesse social e interesse difuso que dita o seguinte sobre a temática, citando ele a magistral Ada Pellegrini e outros autores de renome:

“ 4. Interesse social

Para Ada Pellegrini Grinover sociais são “interesses espalhados e informais à tutela de necessidades coletivas, sinteticamente referíveis à qualidade de vida. Interesses de massa, que comportam ofensas de massa e que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas. Não mais se trata de um feixe de linhas paralelas, mas de um leque de

²⁵ MOTA FILHO, José Pinto da Mota. Fator Previdenciário e Desaposentação. **FEEB**, Bahia, nov 2013. Disponível em: < <http://feebbase.com.br/site/temas-e-debates/23463-fator-previdenciario-e-desaposentacao>>. Acesso em jul 2014.

linhas que convergem para um objeto comum e indivisível. Aqui se inserem os interesses dos consumidores, ao ambiente, dos usuários de serviços públicos, dos investidores, dos beneficiários da previdência social e de todos aqueles que integram uma comunidade compartilhando de suas necessidades e seus anseios”(11).

Rodolfo de Camargo Mancuso, sempre profundamente dedicado ao tema, identifica inúmeras semelhanças entre as expressões *interesse social*, *interesse geral* e *interesse público*, reconhecendo que elas “são praticamente equivalentes, por isso que, salvo certas nuances sutis, elas se confundem sob o denominador comum de ‘interesses metaindividuais’” .

E acrescenta:

“Quer nos parecer que a tarefa de se tentar a separação rigorosa dessa trilogia não seria fadada a um bom termo: mesmo que seja possível, como visto, surpreender certos elementos identificadores de cada espécie, eles não são em número e intensidade tal que permita a autonomia conceitual dessas expressões entre si. Depois, de todo modo, as diferenças seriam tão sutis que, na prática, não haveria contribuição relevante para o exame da problemática dos interesses metaindividuais. Por fim, tomando-as, basicamente, como sinônimas, chega-se a uma desejável concreção evitando-se os inconvenientes de um excesso terminológico”(12).

Cuidando, especificamente, do interesse social, Mancuso o identifica com “o interesse que consulta à maioria da sociedade civil: o interesse que reflete o que esta sociedade entende por ‘bem comum’; o anseio de proteção à *res publica*; a tutela daqueles valores e bens mais elevados, os quais essa sociedade, espontaneamente, escolheu como sendo os mais relevantes”(13).

Para aqueles que adotam a distinção, feita por Renato Alessi, entre *interesse público primário* e *interesse público secundário*, o segundo acaba sendo conceituado como o modo pelo qual os órgãos da Administração interpretam o interesse público, enquanto o primeiro é identificado como o bem geral, sendo sinônimo de interesse social.

Assim faz Hugo Nigro Mazzilli, que define o interesse social (interesse público primário) como “o *interesse da sociedade ou da coletividade como um todo*”(14) .²⁶

²⁶ CAMARGO, Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz. **Considerações sobre interesse social e interesse difuso.** Disponível em: <<http://www.reid.org.br/?CONT=00000150>>. Acesso em: 16 jul. 2014.

Fica bastante esclarecido neste trecho que podemos trazer o interesse social como justificativa para que se mostre mais um ponto no qual o elemento fator previdenciário vem irromper em nome de um equilíbrio financeiro-atuarial, contudo, para tanto trespassando os limites de afetação social nas quais se implica tal medida, e, portanto, é esclarecido que se deve levar em consideração não somente a hierarquia normativa indicada, mas como base jurídica positiva demonstrar que a legitimidade de tal adoção de método traz reflexos positivos a sociedade, este aspecto é a controvérsia que se demonstra em face do anteriormente exposto.

Pode-se avançar ainda mais na avaliação sistemática do princípio da igualdade levantada anteriormente, na lição de Fernando Toscano:

“ O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social.

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos geneticamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.”²⁷

²⁷ TOSCANO, Fernando. **O princípio da igualdade**. Disponível em:

Diversas vezes levanta-se o aparente critério discriminador que o fator previdenciário apresenta ao impor um modelo que evade os limites do razoável como anteriormente visto, fica evidente nesta anterior análise que faz sentido em se falar em afronta ao princípio da igualdade uma vez que trata-se de um elemento com carga discriminatória, trazendo situações como visto em crítica relevante a um ambiente parasitário, no qual se remetem a forte anseio social em face do direito adquirido constitucionalmente solidificado, ao que se passou a considerar iminentemente em expectativa de direito, contudo, a mera avaliação crua do sistema nos leva e não compreender que tal imbróglio só poderá ser resolvido de fato com a avaliação jurídica sobre a sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, mesmo que nas versões mais atuais de decisões do supremo em que se pesa a parcial constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinado elemento, ou mesmo ao caminho da inconstitucionalidade, pois o estudo social de interesse deve ser feito afim de detectar-se uma norma que seja demasiadamente danosa a sociedade em conjunção de interesses secundários.

Veja-se o posicionamento de Danieli da Silva Reis:

“Criado pela Lei 9.876/99, que deu nova redação ao art.29 da Lei 8.213/91, em seu § 7º, determinou a regra de cálculo do Fator Previdenciário, que consideraria a idade do segurado ao tempo da aposentadoria e sua expectativa de sobrevida. Ressalte-se ainda que a expectativa de vida, conforme disposto no § 8º, deriva de Tabela de Mortalidade expedida pelo IBGE, onde sobretudo os homens, por terem expectativa de vida menor, foram prejudicados por terem sido submetidos ao cálculo de sobrevida da mulher, que é maior.

Não páira dúvida de que há gritante ofensa ao Princípio da Isonomia, já que pessoas que contribuíram durante o mesmo período, sobre o mesmo salário de contribuição, mas com idades diferentes ao tempo do requerimento, receberão uma RMI diferente, onde a mais velha obterá uma Renda Mensal Inicial maior, e conseqüentemente um valor superior na sua aposentadoria, ocasionado um tratamento desigual entre os segurados.

A aplicação do FP também afronta o Princípio da Reciprocidade das Contribuições, ao interferir no valor da RMI para pessoas que contribuíram com o mesmo valor, sobre o mesmo período de tempo, onde o valor recolhido não guardará relação com o montante do benefício.

Esse instituto vem causando, sobretudo, insegurança jurídica, já que o segurado não pode planejar sua vida futura, pois independente do período e do valor que vier a Recolher para os Cofres Públicos da Previdência, haverá redução do que será recebido, de acordo com sua idade no momento do Cálculo da RMI.

Da constitucionalidade do FT

Essa questão tem suscitado muitas controvérsias no cenário social e jurídico, pelo fato de uma lei infraconstitucional (lei ordinária) ter alterado as regras de aposentação. Temos que certas normas só podem ser modificadas no próprio corpo da Constituição Federal, ou em leis infraconstitucionais, quando tal possibilidade for expressamente prevista na Lei Maior.

Ademais, pelo próprio espírito de nosso Ordenamento Jurídico, uma lei infraconstitucional não pode, em seu teor e finalidade, contrariar os Princípios Constitucionais, o que ocorre de forma latente no indigitado instituto, principalmente no que se refere aos Princípios da Isonomia e da Reciprocidade de Contribuições.

Tendo em vista que essa lei ainda não foi declarada inconstitucional pelo STF, o beneficiário pode se socorrer da discussão pela via difusa, no intuito de ver declarada a inconstitucionalidade e/ou inaplicabilidade do FP para seu caso concreto.

Algumas são as teses que podem ser discutidas judicialmente, como a violação ao art. 201, CF/88, que estabelece as condições para a aposentadoria, sendo que aposentadoria por idade e por tempo de contribuição são institutos distintos que não se misturam. Já a lei que criou o FP criou uma modalidade híbrida de aposentadoria, que leva em conta o tempo de contribuição, a idade ao tempo do cálculo da RMI, mais o tempo (especulativo) de sobrevida do indivíduo.

Vislumbra-se também o desrespeito ao Art. 5º da CF, bojo pétreo da Lei Maior, já que nele está prevista a maioria dos direitos fundamentais da pessoa humana, vetor básico da Democracia, como o Direito a Igualdade.

Verifica-se que esse instituto, ao ser aplicado, viola o art. 7º, XXX, CF, que veda a disparidade entre salários, na hipótese de discriminação por idade, sexo, cor ou estado civil, procurando-se resguardar novamente a igualdade entre as pessoas. Esse Princípio é de tão elevada importância, que além de vir expresso no Art. 5º, vem implícito em muitos outros artigos e Princípios, como forma de resguardar a isonomia e o respeito ao Estado Democrático de Direito, que vela pela não supressão de Direitos.

Mesmo que esse instituto esteja eivado de irregularidades, enquanto não houver a declaração de sua inaplicabilidade, mesmo que pela via difusa, o INSS, na condição de agente público, e devendo observar o princípio da legalidade estrita, ou seja, estando vinculado ao que a Lei determina, não pode deixar de aplicar o Fator Previdenciário.”²⁸

A insegurança jurídica levantada acima por si só tende a uma avaliação sócio jurídica que nos leva a crer que não se pode considerar legítimo tal instituto em face da grave violação de direitos que isso incorreria, a discriminação reiteradamente levantada o faz perverso na visão do supracitado autor, portanto, digno de extirpação da esfera normativa por sua falta de ligação coerente com os institutos constitucionais que o promoveriam, os quais são claramente inexistentes, ferindo princípios já analisados, como o citado sobre isonomia e reciprocidade de valores.

3.1 Análise do RE nº 681.049 em prol da constitucionalidade do Fator Previdenciário

Em que pese à decisão atual sobre a constitucionalidade do fator previdenciário, verifica-se voto do Egrégio Ministro Gilmar Mendes, em seu voto relativo ao Recurso extraordinário 639.856 do Rio Grande do Sul:

“ Foram opostos embargos declaratórios, os quais foram rejeitados.

²⁸ REIS, Danieli da Silva. **Fator previdenciário: aplicabilidade e constitucionalidade.** Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7301/Fator-previdenciario-aplicabilidade-e-constitucionalidade>>. Acesso em: 02 jul. 2014.

O acórdão recorrido considerou constitucional o disposto pela Lei 9.876/99, julgando prejudicados os pedidos da apelante. Embasado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, decidiu como plenamente aplicável o Fator Previdenciário no caso concreto.

No apelo extremo, sustenta-se que o legislador ordinário violou a Constituição Federal, alterando conteúdo de norma constitucional, ao criar o método de aplicação do Fator Previdenciário por meio da Lei 9.876/99.

Decido.

O recurso extraordinário discute a maneira pela qual o legislador ordinário concretizou as diretrizes fixadas pela Emenda Constitucional 20/98. O extraordinário baseia-se no argumento de que o estabelecimento do Fator Previdenciário, criado a partir da Lei 9.876/99, somente poderia ter sido feito por meio de norma constitucional, e não por legislação ordinária.

O presente recurso não deve prosperar, uma vez que a matéria trazida à discussão se reveste, claramente, de natureza infraconstitucional. O objeto da discussão resume-se, tão somente, à discussão sobre a incidência, ou não, do Fator Previdenciário. Conforme demonstrado no seguinte trecho do acórdão recorrido, inexistente qualquer controvérsia de cunho constitucional no caso concreto:

“A Emenda Constitucional nº 20/98 – promulgada com a clara finalidade de manter o equilíbrio atuarial da Previdência, para garantir que esta tenha condições de cobrir todos os riscos por ela garantidos – desconstitucionalizou os critérios de cálculo dos benefícios previdenciários, delegando à lei ordinária função antes desempenhada pela Carta Maior.

A forma de apuração de tais amparos foi mantida conforme as regras até então vigentes, mesmo após o advento da norma modificativa, nos moldes da Lei 8.213/91, a qual permaneceu com sua redação inalterada até 26/11/1999, com o advento da Lei 9.876/99.

Este diploma, por meio de seu artigo 2º, alterou o artigo 29 da Lei de Benefícios, estabelecendo novo critério para o cálculo do salário-de-benefício, conforme autorizado pela Constituição Federal a partir do advento da EC 20/98. As novas regras modificaram o período básico de cálculo, de modo a abranger 80% do período contributivo, e criaram o fator previdenciário, o qual considera a expectativa de sobrevivência do segurado para fixação do valor do amparo.

Todas essas alterações legislativas, não apenas autorizadas pela Constituição, se deram com propósito de cumprir as novas exigências por ela trazidas, equilibrando as despesas da Previdência Social e aproximando o valor dos benefícios à realidade das contribuições efetuadas pelos segurados.

Assim, não há falar em inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.876/99. Muito pelo contrário, além de ausente qualquer afronta à Carta de 1988, o novel diploma somente cumpre a política previdenciária, por aquela instituída”.

Não verifico qualquer violação frontal à Constituição

Federal, indispensável para justificar a abertura da via extraordinária. Caso houvesse real ofensa à ordem constitucional, esta se daria somente de forma indireta ou reflexa. A controvérsia levantada pela autora versa apenas sobre aplicabilidade de lei infraconstitucional, no caso, a Lei 9.876/99, no que tange à incidência do Fator Previdenciário. Ressalte-se, ainda, ser inviável a análise do contexto fático-probatório nesta instância extraordinária.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já afirmou a constitucionalidade da Lei 9.876/99, ao julgar a ADI 2.111-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJe 5.12.2003:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º (NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, "CAPUT", INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA CAUTELAR. 1. Na inicial, ao sustentar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, por inobservância do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal, segundo o qual "sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora", não chegou a autora a explicitar em que consistiram as alterações efetuadas pelo Senado Federal, sem retorno à Câmara dos Deputados. Deixou de cumprir, pois, o inciso I do art. 3º da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, segundo o qual a petição inicial da A.D.I. deve indicar "os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações". Enfim, não satisfeito esse requisito, no que concerne à alegação de inconstitucionalidade formal de toda a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, nesse ponto, ficando, a esse respeito, prejudicada a medida cautelar. 2. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, a um primeiro exame, parecem corretas as objeções da Presidência da República e do Congresso Nacional. É que o art. 201, §§ 1º e 7º, da C.F., com a redação dada pela E.C. nº 20, de 15.12.1998, cuidaram apenas, no que aqui interessa, dos requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria. No que tange ao montante do benefício, ou seja, quanto aos proventos da aposentadoria, propriamente ditos, a Constituição Federal de 5.10.1988, em seu texto originário, dele cuidava no art. 202. O texto atual da Constituição, porém, com o advento da E.C. nº 20/98, já não trata dessa matéria, que, assim, fica remetida "aos termos da lei", a que se referem o "caput" e o § 7º do novo art. 201. Ora, se a Constituição, em seu texto em

vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não pode ter sido violada pelo art. 2º da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao "caput" e ao parágrafo 7º do novo art. 201. 3. Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no "caput" do novo art. 201. O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31. 4. Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91. 5. Também não parece caracterizada violação do inciso XXXVI do art. 5º da C.F., pelo art. 3º da Lei impugnada. É que se trata, aí, de norma de transição, para os que, filiados à Previdência Social até o dia anterior ao da publicação da Lei, só depois vieram ou vierem a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social. 6. Enfim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, no ponto em que impugna toda a Lei nº 9.876/99, ao argumento de inconstitucionalidade formal (art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal). É conhecida, porém, quanto à impugnação dos artigos 2º (na parte em que deu nova redação ao art. 29, seus incisos e parágrafos da Lei nº 8.213/91) e 3º daquele diploma. Mas, nessa parte, resta indeferida a medida cautelar".

Tal posicionamento tem sido reiterado pelo Supremo Tribunal Federal. A título de exemplo, transcrevo a ementa do acórdão do AgR-RE nº 681.049, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 20.6.2012:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REPERCUSSÃO GERAL NÃO EXAMINADA. AUSÊNCIA DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL. ART. 323 DO RISTF C.C. ART. 102, III, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PREVIDENCIÁRIO. RENDA MENSAL INICIAL. FATOR PREVIDENCIÁRIO. CÁLCULO. LEI Nº 9.876/99. INTERPRETAÇÃO DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. 1. No julgamento da ADI n.º 2.111/DF-MC, Relator o Ministro Sydney Sanches, em que se impugnava a Lei n.º 9.876/99, o Plenário do Supremo Tribunal Federal não conheceu da ação direta em razão da falta de demonstração da alegada inconstitucionalidade formal (Lei n.º 9.868/99, artigo 3º, I), na parte em que se sustentava violação ao processo legislativo (CF, artigo 65, parágrafo único), e prosseguindo no julgamento, por maioria, indeferiu o pedido de medida cautelar relativamente ao artigo 2º da Lei 9.876/99, na parte em que introduziu o fator previdenciário (nova redação dada ao artigo 29 da Lei n.º 8.213/91). Considerou-se, à primeira vista, não estar caracterizada a alegada violação ao artigo 201, § 7º, da CF, dado que, com o

advento da EC n.º 20/98, os critérios para o cálculo do benefício foram delegados ao legislador ordinário (CF, artigo 201: A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: § 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:”). 2. A violação indireta ou reflexa das regras constitucionais não enseja recurso extraordinário. Precedentes: AI n. 738.145 - AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 2ª Turma, DJ 25.02.11; AI n. 482.317-AgR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma DJ 15.03.11; AI n. 646.103-AgR, Rel. Ministra CÂRMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJ 18.03.11. 3. *In casu*, o acórdão recorrido originariamente assentou: “PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF. REGRA DE TRANSIÇÃO EC 20/98 ASSEGURA A CONCESSÃO DA APOSENTADORIA PROPORCIONAL APÓS A EXTINÇÃO DESDE BENEFÍCIO, EXIGINDO PEDÁGIO E IDADE MÍNIMA. NÃO IMPEDE APLICAÇÃO DO FATOR PREVIDENCIÁRIO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.” 4. Agravo regimental desprovido”.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal já declarou a constitucionalidade formal da Lei 9.876/99, razão pela qual restam insubsistentes os fundamentos levantados pela apelante. Dessa forma, não comprovada qualquer afronta à Constituição, não merece prosperar o apelo extraordinário.

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso. (art. 21, § 1º, do RISTF e do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil).

Publique-se.

Brasília, 28 de junho de 2012. ”²⁹

Avaliando este voto verificamos que o Supremo já decidiu anteriormente em face da constitucionalidade da Lei 9.876/99, o argumento de que o artigo 7º destinou ao legislador ordinário à tarefa de legislar sobre o tema e que o fator previdenciário não embate com o direito a aposentadoria, mas afeta o montante desta aposentadoria, contudo, vale ressaltar que ante o exposto, verificamos um novo panorama que não se conjuga com um princípio basilar já exposto da irredutibilidade do valor dos benefícios, este sendo ponto primordial não abordado neste voto, constante do artigo 194 em seu inciso IV:

²⁹ **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 639856 RIO GRANDE DO SUL**. Relator: MIN. GILMAR MENDES. Julgamento em: 28 de junho de 2012. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDecisao.asp?numDj=150&dataPublicacao=01/08/2012&incidente=4067925&capitulo=6&codigoMateria=3&numeroMateria=102&texto=4056798>>. Acesso em: 02 de jul de 2014.

“Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

[...]

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;”

Visto isso ainda que seja possibilitado tal controle pelo legislador ordinário, um conflito aparente surge em face deste princípio expresso na constituição, uma vez verificado que é vedado a redução do valor dos benefícios, culminado com o constante do artigo 201, parágrafo 1º e 7º, verifica-se que de fato não se sustentaria ao menos por completo a tese de constitucionalidade do fator previdenciário, existindo além da previsão expressa para tutelar a aposentadoria ainda coexiste a vedação expressa para a sua irredutibilidade, o fator previdenciário, como já reiteradamente foi visto e verificado, de forma positiva como fator redutor da aposentadoria, embate diretamente com este ponto em específico.

3.2 Análise da ADI - nº 2.111-7 constante da inconstitucionalidade do Fator Previdenciário

Verificamos na decisão referente ao Recurso Extraordinário 639.856/RS, do Ministro Relator Gilmar Mendes em que trata da avaliação sobre o fator previdenciário, verifica-se o teor inicial do acordo:

“Constitucional. 2. Previdenciário. Aposentadoria proporcional por tempo de contribuição. Fórmula de cálculo do salário de benefício. 3. Benefícios concedidos a segurados filiados ao Regime Geral até 12.12.1998. 4. Controvérsia. Incidência do fator previdenciário (Lei 9.876/99) ou das regras de transição trazidas pela EC 20/98. 5. Cômputo de

tempo posterior à Lei 9.876, de 26.11.99. 6. Relevância da questão constitucional. Repercussão geral reconhecida.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.³⁰

Verifica-se do teor que claramente existe repercussão geral da matéria, e é claramente avaliada a natureza conflituosa e constitucional em virtude do instituto fator previdenciário, portanto, faz-se a leitura do voto do Egrégio Ministro Gilmar Mendes na avaliação dos pontos controvertidos:

“Nota-se, portanto, que a EC 20/98 disciplinou a aposentadoria proporcional ao tempo de contribuição, criou a regra de transição (art. 9º, EC 20/98) e, ainda, remeteu à legislação a regulamentação da matéria.

Desse modo, o advento da Lei 9.876/99 veio cumprir exigência constitucional consistente na determinação de que a forma de cálculo do salário de benefício passasse a ser definida em norma de hierarquia inferior.

Por essa razão, foi editada a Lei 9.876/99, que entre outras coisas, trouxe regras que alteraram o período básico de cálculo a ser tomado em conta para efeito de concessão do benefício e criaram o fator previdenciário, que leva em consideração a expectativa de sobrevida do segurado, seu tempo de contribuição e sua idade, sempre no momento da aposentadoria, bem como fixou nova alíquota de contribuição.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento das medidas cautelares nas ADIs 2.110 e 2.111, Rel. Min. Sydney Sanches, Plenário, DJ 5.12.2003, indeferiu os pedidos ao assentar, ainda que provisoriamente, a constitucionalidade do art. 2º, da Lei 9.876/99. Confira-se trecho ilustrativo da ementa da ADI-MC 2.111:

“2. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, “caput”, incisos e parágrafos, da Lei nº

8.213/91, a um primeiro exame, parecem corretas as objeções da

Presidência da República e do Congresso Nacional.

É que o art. 201, §§ 1º e 7º, da C.F., com a redação dada pela E.C. nº 20, de 15.12.1998, cuidaram apenas, no que aqui

³⁰ **639856 RIO GRANDE DO SUL**. Relator: MIN. GILMAR MENDES. Julgamento em: 15 de novembro de 2012, publicado no D.J.E. de 11 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3176645>>. Acesso em: 02 de jul de 2014.

interessa, dos requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria.

No que tange ao montante do benefício, ou seja, quanto aos proventos da aposentadoria, propriamente ditos, a Constituição Federal de 5.10.1988, em seu texto originário, dele cuidava no art. 202.

O texto atual da Constituição, porém, com o advento da E.C. nº 20/98, já não trata dessa matéria, que, assim, fica remetida “aos termos da lei”, a que se referem o “caput” e o § 7º do novo art. 201.

Ora, se a Constituição, em seu texto em vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não pode ter sido violada pelo art. 2º da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao “caput” e ao parágrafo 7º do novo art. 201.

Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no “caput” do novo art. 201.

O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União.

E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31.

Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, “caput”, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91”.

A recorrente alega não estar discutindo a constitucionalidade, em si, do art. 2º da Lei 9.876/99, o qual foi objeto do citado acórdão desta Corte, mas apenas a interpretação das regras de transição trazidas pela EC 20/98 (art. 9º), a fim de se perquirir a viabilidade constitucional da incidência do fator previdenciário (Lei 9.876/99), em substituição às referidas normas de transição.

Em outras palavras, a questão constitucional debatida cinge-se a saber se a forma de cálculo do salário de benefício deve observar as regras editadas pela Lei 9.876/99, quando referente a segurados filiados ao Regime Geral de Previdência Social até 16.12.98, data de promulgação da EC 20/98, ou se a concessão do benefício deve obedecer apenas às regras da referida emenda constitucional.

O art. 6º, da Lei 9.876, de 29 de novembro de 1999, dispõe: “É garantido ao segurado que até o dia anterior à data de publicação desta Lei tenha cumprido os requisitos para a concessão de benefício o cálculo segundo as regras então

vigentes. E o acórdão recorrido, ao interpretar a EC 20/98 e o preceito ora transcrito, concluiu não haver óbice à incidência da nova legislação e, portanto, do fator previdenciário, aos benefícios concedidos com cômputo de tempo posterior à vigência da Lei 9.876/99.

Nesse sentido, cumpre a esta Corte deslindar a questão constitucional suscitada e decidir se deve incidir o fator previdenciário (Lei 9.876/99) ou as regras de transição trazidas pela EC 20/98 aos benefícios concedidos a segurados filiados ao Regime Geral até 16.12.98, manifestando-se, assim, sobre a possibilidade de a nova legislação regular de modo distinto a concessão de benefícios aos segurados na referida situação. Revela-se, no caso, questão de relevância econômica, jurídica, social e política e que ultrapassa os interesses subjetivos da causa.”³¹

Verificamos neste voto, a consolidação parcial daquilo que outrora foi apresentado como argumento em prol da inconstitucionalidade, o voto em favor da constitucionalidade apresenta nuances no que condiz a emenda constitucional número 20 de 1998, vindo cumprir exigência constitucional sendo determinada por norma hierárquica inferior, sendo assim torna-se efetivo o disposto da Lei 9.876 de 1999, e dada à característica de impacto social e político foi, portanto, declarada a repercussão geral da matéria.

Ainda assim verificamos que a questão se baseia não diretamente quanto à constitucionalidade do instituto, mas a sua forma normativa de aplicabilidade, conseqüentemente, este estudo sobre as vertentes sobre a inconstitucionalidade do instituto do fator previdenciário, faz-se de suma importância.

Prossegue decisão do egrégio Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário 639.856 do Rio Grande do Sul:

“A parte recorrente, em suas razões, aduz, ainda, o seguinte:

“A decisão recorrida não recusa o fato de que houve incidência cumulativa do coeficiente de cálculo e do fator previdenciário. Afirma, tão só, que o procedimento estaria legitimado pela decisão já adiantada por essa Excelsa Corte no julgamento da Medida Cautelar deferida na ADIn 2.111-7/DF, no sentido da constitucionalidade da introdução do fator Previdenciário no cálculo do salário-de-benefício.

O argumento jurídico trazido a exame jurisdicional não afirma que a introdução do Fator Previdenciário no cálculo do salário-

³¹ **639856 RIO GRANDE DO SUL**. Relator: MIN. GILMAR MENDES. Julgamento em: 15 de novembro de 2012, publicado no D.J.E. de 11 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3176645>>. Acesso em: 02 de jul de 2014.

de-benefício é inconstitucional, mas, isto sim, que a aplicação desse Fator, constitucional mesmo, não deve ocorrer em relação aos benefícios concedidos com base na “regra de transição” estabelecida no art. 9º da EC 20/98”. (grifei)

O referido art. 9º da EC 20/98, assim dispõe:

“Art. 9º Observado o disposto no art. 4º desta Emenda e ressalvado o direito de opção a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas para o regime geral de previdência social, é assegurado o direito à aposentadoria ao segurado que se tenha filiado ao regime geral de previdência social, até a data de publicação desta Emenda, quando, cumulativamente, atender aos seguintes requisitos:

I – contar com cinqüenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher; e

II – contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.

§ 1º O segurado de que trata este artigo, desde que atendido o disposto no inciso I do caput, e observado o disposto no art. 4º desta Emenda, pode aposentar-se com valores proporcionais ao tempo de contribuição, quando atendidas as seguintes condições:

I – contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta anos, se homem, e vinte e cinco anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a quarenta por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior;

II – o valor da aposentadoria proporcional será equivalente a setenta por cento do valor da aposentadoria a que se refere o caput, acrescido de cinco por cento por ano de contribuição que supere a soma a que se refere o inciso anterior, até o limite de cem por cento”.³²

Neste ponto verifica-se que não se trata tecnicamente da constitucionalidade do fator previdenciário apenas fazendo uma avaliação sobre a sua aplicabilidade dentro das regras de transição, verifica-se que ainda assim faz-se a ressalva a elementos constitucionais anteriormente levantados

³² **639856 RIO GRANDE DO SUL**. Relator: MIN. GILMAR MENDES. Julgamento em: 15 de novembro de 2012, publicado no D.J.E. de 11 de dezembro de 2012. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3176645>>. Acesso em: 02 de jul de 2014.

como plausíveis de torna o instituto inconstitucional como verificado no prosseguimento do voto a seguir:

“Tanto o caput quanto o § 7º do art. 201 da Constituição Federal ambos inseridos, também, pela Emenda 20/98, remetem à lei a disciplina da previdência social. Confira-se:

“Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

(...)

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: (...)”.

Nota-se, portanto, que a EC 20/98 disciplinou a aposentadoria proporcional ao tempo de contribuição, criou a regra de transição (art. 9º, EC 20/98) e, ainda, remeteu à legislação a regulamentação da matéria.

Desse modo, o advento da Lei 9.876/99 veio cumprir exigência constitucional consistente na determinação de que a forma de cálculo do salário de benefício passasse a ser definida em norma de hierarquia inferior.

Por essa razão, foi editada a Lei 9.876/99, que entre outras coisas, trouxe regras que alteraram o período básico de cálculo a ser tomado em conta para efeito de concessão do benefício e criaram o fator previdenciário, que leva em consideração a expectativa de sobrevida do segurado, seu tempo de contribuição e sua idade, sempre no momento da aposentadoria, bem como fixou nova alíquota de contribuição.”³³

Importante ressaltar desta análise no tocante ao que se configura como consolidador constitucional do fator previdenciário é a EC numero 20/98, que é tema de grande controvérsia por não estar em harmonia com princípios constitucionais norteadores da seguridade social já tradicionalmente aceitos, adotando uma postura de delegação a lei infraconstitucional para delimitação de regras que mantenham o equilíbrio

³³ **639856 RIO GRANDE DO SUL**. Relator: MIN. GILMAR MENDES. Julgamento em: 15 de novembro de 2012, publicado no D.J.E. de 11 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3176645>>. Acesso em: 02 de jul de 2014.

atuarial da seguridade social estável, contudo, rompendo com princípios basilares e com o parágrafo 1º do artigo 201 da Carta Magna.

“O Supremo Tribunal Federal, no julgamento das medidas cautelares nas ADIs 2.110 e 2.111, Rel. Min. Sydney Sanches, Plenário, DJ 5.12.2003, indeferiu os pedidos ao assentar, ainda que provisoriamente, a constitucionalidade do art. 2º, da Lei 9.876/99. Confira-se trecho ilustrativo da ementa da ADI-MC 2.111:

“2. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, “caput”, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, a um primeiro exame, parecem corretas as objeções da Presidência da República e do Congresso Nacional.

É que o art. 201, §§ 1º e 7º, da C.F., com a redação dada pela E.C. nº 20, de 15.12.1998, cuidaram apenas, no que aqui interessa, dos requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria.

No que tange ao montante do benefício, ou seja, quanto aos proventos da aposentadoria, propriamente ditos, a Constituição Federal de 5.10.1988, em seu texto originário, dele cuidava no art. 202.

O texto atual da Constituição, porém, com o advento da E.C. nº 20/98, já não trata dessa matéria, que, assim, fica remetida “aos termos da lei”, a que se referem o “caput” e o § 7º do novo art. 201.

Ora, se a Constituição, em seu texto em vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não pode ter sido violada pelo art. 2º da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao “caput” e ao parágrafo 7º do novo art. 201.

3. Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no “caput” do novo art. 201.

O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União.

E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31.

4. Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, “caput”, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91”.³⁴

Verificamos acima que o fator previdenciário encontra respaldo por evidente na legislação infraconstitucional, não tratando dos conflitos constitucionais atinentes a matéria constitucional no sentido de sua existência, tão somente fazendo análise sobre os aspectos práticos decorrentes da normativa instituidora já exaustivamente analisada, indicando a sua adequação ao equilíbrio financeiro atuarial, mas não restando até por falta deste pedido em análise mais aprofundada da matéria.

Por fim, interessante se faz verificar deste acórdão a natureza do fator previdenciário na aposentadoria por tempo de contribuição, uma vez tendo-se uma idade mínima para requerimento, temos que o fator previdenciário praticamente obriga que o segurado contribua como se fosse uma aposentadoria por idade, ou seja, para que se atinja a integralidade de seu provento previdenciário, este deve ultrapassar a idade mínima e contribuir por mais tempo, uma vez que o fator previdenciário claramente irá incidir e reduzir seu benefício, confuso se faz em tal análise a justificativa para a aposentadoria por tempo de contribuição, pois em termos práticos se faz apenas um adorno o qual na melhor das hipóteses promoverá uma aposentadoria muito inferior a que se teria direito sem a incidência do fator.

3.3 Da possível mudança de posicionamento político sobre o Fator Previdenciário

Verifica-se que no âmbito político, inúmeros projetos de lei que extinguem o fator previdenciário tem surgido, faz-se neste trabalho análise de

³⁴ **639856 RIO GRANDE DO SUL**. Relator: MIN. GILMAR MENDES. Julgamento em: 15 de novembro de 2012, publicado no D.J.E. de 11 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3176645>>. Acesso em: 02 de jul de 2014.

um deles de forma breve e sucinta, aqui cita-se o PL/3299/2008 pertencente ao Senador Paulo Paim :

“Ementa

Altera o art. 29 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e revoga os arts. 3º, 5º, 6º e 7º da Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999, modificando a forma de cálculo dos benefícios da Previdência Social.

Explicação da Ementa

Extingue o fator previdenciário para que o salário de benefício (aposentadoria) volte a ser calculado de acordo com a média aritmética simples até o máximo dos últimos 36 (trinta e seis) salários de contribuição, apurados em período não superior a 48 (quarenta e oito) meses.”³⁵

Verifica-se que uma solução foi suscitada em favor do FAP, o qual trata do seguinte:

“Com essa finalidade, o Projeto de Lei no 4.447, de 2008, apensado, propõe a criação do Fator de Acréscimo Previdenciário – FAP, um coeficiente para majorar a renda mensal dos benefícios submetidos à aplicação do fator previdenciário, segundo uma regra que combina idade ao se aposentar e tempo de contribuição. Essa medida visa evitar aposentadorias precoces em troca de um ganho no valor do benefício.”

Contudo, verifica-se que não é considerada uma medida que seja tão eficiente quanto o fator previdenciário, mas seria uma forma positiva de promover uma aposentadoria tardia.

Verifica-se amplo rol de discussões acerca da temática, todas elas levando a crer no fim do fator previdenciário e buscando trazer inovações, a exemplo do FAP que seria um sistema híbrido para manutenção do equilíbrio

³⁵ **PROJETO DE LEI Nº 3299/2008 DE 2008**, 31 de agosto de 2011. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=391382>>. Acesso em: 02 de julho de 2014.

atuarial, uma vez verificadas as expectativas temerosas da extirpação de qualquer limitador em relação ao PIB do Brasil:

“Na hipótese de se aprovar o Projeto de Lei no 3.299, de 2008, com a extinção do fator previdenciário e o retorno à média curta, sem modificações, a estimativa do Ministério da Previdência Social é que as despesas com a Previdência Social atingirão inviáveis 36,3% do PIB em 2050.

Em 2008, dados do Ministério da Previdência Social apontam uma despesa total com benefícios previdenciários de R\$ 204,2 bilhões.

Considerando que o IBGE divulgou um Produto Interno Bruto – PIB de R\$ 2,9 trilhões em valores correntes para o mesmo período, constata-se que essas despesas representaram 7,0 % do PIB no ano passado.

Esse percentual tende a aumentar para o ano de 2009, pois as despesas projetadas são de R\$ 227,10 bilhões – um aumento de 24,5% em relação ao ano anterior – enquanto o PIB crescerá, no máximo, 2%, de acordo com a última revisão do Ministério do Planejamento, anunciada em 19 de março de 2009.”³⁶

Neste caso, não se discute tão somente a questão constitucional, mas a inviabilidade da extirpação sem nova solução para a questão, ameaçando fortemente o equilíbrio financeiro estatal em prol da previdência social, ocupando como indicado mais de 1/3 do PIB até 2050.

Não se tem discussão, contudo da necessidade clara de alteração do sistema, mas fazem-se grandes ressalvas quanto aos impactos derivativos, e levanta-se a discussão de soluções em prol da própria garantia do benefício, uma vez que poderia ser um caos econômico manter o sistema sem nenhum tipo de frenagem em relação à idade mínima para aposentadoria.

³⁶ **PROJETO DE LEI Nº 3299/2008 DE 2008**, 31 de agosto de 2011. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BB9406F238BD81DA7437A0B360F2AB46.proposicoesWeb2?codteor=699966&filename=Parecer-CFT-07-10-2009>. Acesso em: 02 de julho de 2014.

CONCLUSÃO

Chega-se a conclusão ante o exposto, que o fator previdenciário é atualmente considerado um instituto constitucional, contudo, a temática é demasiadamente complexa, envolvendo um conflito aparente de normas e princípios constitucionais, além de direitos sociais claramente afetados, no caso em tela da aposentadoria.

Verifica-se que a solução apresentada a priori teve a intenção de buscar um equilíbrio em prol da idade mínima para aposentadoria na modalidade de aposentadoria por tempo de contribuição, contudo, não se discutiu como observado nas jurisprudências expostas, o caráter mais aprofundado de análise dos entraves constitucionais que atingem a matéria do fator previdenciário.

Por fim, tange-se em grande parte do exposto a inconstitucionalidade do instituto, em face do interesse social e os impactos decorrentes negativos no benefício do segurado.

Como possível solução para a questão, verifica-se a declaração de inconstitucionalidade do fator previdenciário aliado a uma reorganização do sistema de aposentadoria para que não sejam novamente feridos os direitos constitucionais e nem os princípios regentes da previdência social, sendo assim seria mantida a aposentadoria por tempo de contribuição, apenas sem a incidência de um fator redutor que como visto na constituição resta vedado de forma expressa e categórica, restando hipóteses políticas que estão em discussão como o FAP já citado.

Por fim, conclui-se ante o exposto neste trabalho que o fator previdenciário tem uma motivação de o ser, contudo, infringe normas e princípios basais os quais devem ser reavaliados para que se encontre uma solução adequada que atinja o equilíbrio atuarial e que não prejudique o provimento de tais benefícios aos segurados da previdência social.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Wander Bastos. A função corrosiva do Fator Previdenciário. **Editora JC**, Rio de Janeiro, n. 160, dez 2013. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2013/12/governo/>>. Acesso em 02 jul. 2014.

BRASIL. **PROJETO DE LEI Nº 3299/2008 de 2008**, 31 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=391382>>. Acesso em: 02 de julho de 2014.

BRASIL. **PROJETO DE LEI Nº 3299/2008 DE 2008**, 31 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostraintegra?sessionId=BB94096F238BD81DA7437A0B360F2AB46.proposicoesWeb2?codteor=699966&filename=Parecer-CFT-07-10-2009>. Acesso em 02 de julho de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 639856 RIO GRANDE DO SUL**. Relator: MIN. GILMAR MENDES. Julgamento em 28 de julho de 2012. Disponível em: <<http://stf.jus.br/pportal/diarioJustica/verDecisao.asp?numDj=150&dataPublicacao=01/08/2012&incidente=4067925&capitulo=6&codigoMateria=3numeroMateria=102&texto=4056798>>. Acesso em: 02 de julho de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 639856 RIO GRANDE DO SUL**. Relator: MIN. GILMAR MENDES. Julgamento em: 15 de novembro de 2012, publicado no D.J.E. de 11 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3176645>>. Acesso em: 02 de julho de 2014

CAMARGO, Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz. **Considerações sobre interesse social e interesse difuso**. Disponível em: <<http://www.reid.org.br/?CONT=00000150>>. Acesso em: 16 de 4 julho de 2014.

Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: de 5 de outubro de 1988. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03//constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 de junho de 2014.

FERRARA, Francesco, **Como aplicar e interpretar as leis**. trad. Joaquim Campos de Miranda. – Belo Horizonte: Lider, 2002.

GOUVEIA, Carlos Alberto Vieira de; MARQUES, Samantha da Cunha. Da natureza Inconstitucional do Fator Previdenciário. **Âmbito Jurídico**, Rio grande, XI, n. 54, jun 2008. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=2798&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em jul 2014.

LACERDA, Antonio de. **Direito Adquirido**. – Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p.19.

MARINHO FILHO, Luciano. **Fator Previdenciário fórmula, aspectos qualitativos e inconstitucionalidade embutida**. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, ano 35. N. 135.

MOTA FILHO, José Pinto da Mota. Fator Previdenciário e Desaposentação. **FEEB**, Bahia, nov 2013. Disponível em: <<http://feebbase.com.br/site/temas-e-debates/23463-fator-previdenciario-e-desaposentacao>>. Acesso em jul 2014.

RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro**. – São Paulo: Saraiva, 2003. p.185.

REIS, Danieli da Silva. **Fator previdenciário: aplicabilidade e constitucionalidade**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7301/Fator-previdenciario-aplicabilidade-e-constitucionalidade>>. Acesso em: 02 de jul. 2014.

TOSCANO, Fernando. **O princípio da igualdade**. Disponível em: <http://www.portalbrasil.net/2004/colunas/direito/marco_01.htm>. Acesso em: 02 de jul. 2014.

UGATTI, Uendel Domingues. **O Princípio Constitucional da Contrapartida na Seguridade Social**. São Paulo. LTr, 2003.